

# De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2002). De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 19, 368-381.

## Document status and date:

Published: 01/01/2002

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

## De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking

J.M. Smits\*

### 1. Inleiding

Op 1 januari 2002 vond een voor het Duitse privaatrecht belangwekkende gebeurtenis plaats. Op die dag trad een grote herziening van het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* in werking. Aan die herziening is meer dan twintig jaar gewerkt, zij het dat het leeuwendeel van de werkzaamheden in een recordtijd van amper anderhalf jaar plaats had. Dat valt alleen te verklaren vanuit de noodzaak om binnen de implementatietermijn een aantal Europese richtlijnen in het Duitse recht op te nemen. Die aanleiding werd aangegrepen om veel andere veranderingen door te voeren in het tweede boek van het BGB inzake verbintenissenrecht. Onomstreden is de herziening overigens niet: niet alleen heeft de Duitse academische wereld zich flink geroerd, ook in de Duitse kranten waren koppen te lezen als ‘Umbau eines Heiligtums’ en ‘Der Grosse Wurf oder die grosse Katastrophe?’<sup>1</sup>

Tot nu toe trok de Duitse herziening weinig aandacht in de Nederlandse literatuur.<sup>2</sup> Dat is ten onrechte, niet alleen omdat het Duitse recht als zodanig aandacht verdient, maar ook omdat het Duitse privaatrecht altijd een belangrijke inspiratiebron voor het Nederlandse recht is geweest, met name ook bij de totstandkoming van het nieuw BW. Daar komt nog bij dat de Duitse herziening op zijn beurt inhoudelijk is geïnspireerd door het Nederlands BW (naast vooral het Weens Koopverdrag en de Unidroit Principles of International Commercial Contracts). In de Duitse literatuur is er bovendien al meermalen op gewezen dat met het nieuwe verbintenissenrecht Duitsland een goede aanbieder is geworden op de markt van het Europees privaatrecht: als er een Europees BW moet komen, kan het nieuwe Duitse recht als inspiratiebron dienen.<sup>3</sup> Dat maakt nieuwsgierig naar wat het nieuwe Duitse recht heeft te bieden.

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de belangrijkste wijzigingen in het BGB. Die liggen vooral<sup>4</sup> op het terrein van de niet-nakoming (Par. 3), het kooprecht (Par. 4) en de verjaring (Par. 5). Daarnaast is bij de herziening een aantal eerder ingevoerde aparte wetten op het terrein van het burgerlijk recht in het BGB geïntegreerd (Par. 6) en zijn door de rechter ontwikkelde rechtsfiguren van een wettelijke grondslag voorzien (Par. 7). De bij aparte wet voorziene herziening van het schadevergoedingsrecht (met werking sinds 1 augustus 2002) komt ook aan de orde (Par. 8). In deze bespreking zal ik zoveel mogelijk proberen om de vergelijking met het oude Duitse recht en het Nederlandse recht te trekken. Eerst dient echter aandacht te worden besteed aan de geschiedenis en de achtergrond van de herziening.

### 2. Geschiedenis en achtergrond van de herziening

Hoewel het BGB zoals dat in 1900 werd ingevoerd, doorgaans als een hoogtepunt van juridische geleerdheid wordt beschouwd (Markesinis sprak van de ‘triumph of the learned men’<sup>5</sup>), was al lange tijd duidelijk dat het ook een aantal grote gebreken vertoonde. Deels kwamen deze voort uit het feit dat het BGB een typische

---

\* Hoogleraar Europees Privaatrecht, Universiteit Maastricht. Met dank aan mw. M. de Visser, student-assistent, voor haar voorbereidend werk.

<sup>1</sup> Een site met veel aan de herziening gewijde krantenartikelen is die van de *Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler*: <<http://www.jura.uni-freiburg.de/Junge.Zivilrechtswissenschaftler/Freiburg2001/Schuldrechtsmodernisierung/Presse.htm>>.

<sup>2</sup> Zie recent E.H. Hondius, De herziening van het Duitse verbintenissenrecht, NJB 2002, p. 1348 v.

<sup>3</sup> Zie bijv. S. Lorenz, Einführung (zie voetnoot 6), p. xvii. Deze optimistische visie wordt echter bestreden door andere Duitse juristen, die betwijfelen of aan het buitenland de technisch-ingewikkelde regeling valt duidelijk te maken.

<sup>4</sup> Daarnaast zijn er wijzigingen op onder meer het vlak van aanneming van werk (*Werkvertragsrecht*: §§ 631 v. BGB, met de introductie van een nieuw begrip ‘Hersteller’) en kredietrecht (*Darlehensrecht*: §§ 488 v. BGB). Zie ook onder.

<sup>5</sup> B.S. Markesinis, W. Lorenz & G. Dannemann, *The Law of Contracts and Restitution*, Oxford (Clarendon) 1997, p. 9.

compromis-oplossing is tussen de diverse Duitse rechtsstelsels die het wetboek moest verenigen. Deels ook waren er regelingen van specifieke leerstukken die algemeen werden beschouwd als mislukt. Zo was het recht inzake de niet-nakoming al sinds 1900 bekritiseerd vanwege zijn ‘Zweispurigkeit’: het oude BGB bevatte een algemeen deel en bijzondere delen (bijvoorbeeld inzake koop en aanneming van werk) over niet-nakoming; die twee delen stonden naast elkaar en bouwden om historische redenen niet op elkaar voort, met alle gevolgen van dien. Ook het verjaringsrecht was weinig consequent geregeld, met bijvoorbeeld een termijn van slechts zes maanden in geval van een gebrekkige levering bij koop en van maar liefst 30 jaar bij andere gebrekkige prestaties. Bovendien bestond al langere tijd de wens om een aantal door de rechtspraak ontwikkelde leerstukken een wettelijke grondslag te geven. Dit klassieke motief voor codificatie (het terugbrengen van rechtersrecht in het wetboek) is door Huber goed in verband gebracht met de meer technische redenen voor herziening.<sup>6</sup>

‘Dass das allgemeine Leistungsstorungsrecht des BGB reformbedürftig ist, scheint nach alledem erwiesen. Im Ernst wird die Reformbedürftigkeit auch von niemandem bezweifelt. Tatsächlich ist eine Reform seit dem Jahr 1900 ununterbrochen im Gange. Nur wird sie nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Rechtsprechung vorgenommen. Die von ihr teils vollzogene, teils begonnene Rechtsfortbildung wird von niemandem in ihrer Berechtigung angezweifelt (...)

Denn in der Tat sind wir im allgemeinen Leistungsstörungenrecht an einem Punkt angekommen, an dem sich das wirklich geltende Recht aus dem Gesetz nur noch in Bruchstücken rekonstruieren lässt. In dieser Lage muss der Gesetzgeber sich entscheiden, ob er am Kodifikationsgedanken festhalten will oder nicht. Will er am Kodifikationsgedanken festhalten, muss er das Gesetz – wenn die Abweichung des wirklich geltenden vom geschriebenen Recht ein gewisses Mass überschreitet – auf Stand bringen, und zwar nicht auf den durch die Entwicklung der Rechtsprechung zufällig gerade erreichten Stand sondern auf den nach seiner eigenen Überzeugung erreichbaren bestmöglichen Stand. Tut er das nicht, so lässt er das Kodifikationsprinzip stillschweigend fallen. Die Autorität des geschriebenen Rechts nimmt ab. Die Praxis, Entscheidungen anhand des Gesetzestextes zu legitimieren, gewinnt mehr und mehr zeremoniellen Charakter.’

Dit komt de Nederlandse jurist niet onbekend voor: hij herkent er hetzelfde motief in dat bij ons heeft geleid tot het nieuw BW. In Duitsland was het in 1978 de toenmalige Minister van Justitie Hans-Jochen Vogel die voorstelde (zowel in de Bondsdag als op de Duitse *Juristentag*) om het BGB grondig te herzien.<sup>7</sup> In opdracht van het Ministerie van Justitie werden daarop door academici drie delen *Gutachten*<sup>8</sup> (‘preadviezen’) vervaardigd over de gebreken en mogelijke herziening van het wetboek. Een vervolgens in 1984 door het Ministerie benoemde commissie (de zogenaamde *Schuldrechtskommission*) bracht in 1992 een definitief rapport uit.<sup>9</sup> Dit ‘Kommissionsentwurf’ bevatte reeds nieuwe regels over onder meer de niet-nakoming en het kooprecht, deels geïnspireerd door het Weens Koopverdrag. Het voorstel werd positief besproken op de 60ste *Juristentag*<sup>10</sup>, maar in de literatuur werd het vrij algemeen bekritiseerd, waarop het in een la verdween.

Pas acht jaar later werd het daar weer uit gehaald. Tussen 1992 en 2000 had de Duitse wetgever de meeste Europese richtlijnen op het terrein van het privaatrecht (onder andere die over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, timeshare en afstandsovereenkomsten) geïmplementeerd in aparte wetten buiten het BGB. De Duitse implementatiepraktijk was daarmee dus principieel anders dan die in Nederland, waar zoveel mogelijk wordt geïmplementeerd in het BW zelf. In 2000 stond de Duitse wetgever echter voor de

<sup>6</sup> Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln (Bundesminister der Justiz), Band I, 1981, p. 772, 775.

<sup>7</sup> Deze geschiedenis wordt geschetst in vrijwel alle aan de *Schuldrechtsreform* gewijde boeken. Zie bijv. S. Lorenz, Einführung, in: BGB 2002; Sonderausgabe Schuldrechtsreform, München (Beck) 2002 (in de bekende ‘rode’ reeks Beck’sche Textausgaben). Zie bijv. ook R. Zimmermann, Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, p. 171 v. en B. Dauner-Lieb, Die geplante Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, p. 8 v.

<sup>8</sup> Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln (Bundesminister der Justiz), Bd. I-III, 1981-1983. Zie ook J.B.M. Vranken, De hercodificatie van het verbintenissenrecht in de Bondsrepubliek Duitsland, NJB 1985, p. 769 v.

<sup>9</sup> Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln (Bundesminister der Justiz) 1992. In de commissie zaten onder meer Kötz, Medicus en Schlechtriem.

<sup>10</sup> Zie het overzicht van de daar genomen besluiten in NJW 1994, p. 3075. Zie over het *Entwurf* NJW 1992, p. 2376 v.

opgave om drie richtlijnen die de kern van het privaatrecht betreffen, te implementeren. De richtlijnen inzake consumentenkoop,<sup>11</sup> elektronische handel<sup>12</sup> en in mindere mate bestrijding van betalingsachterstanden<sup>13</sup> – de Nederlandse wetgever bleef tot op heden in gebreke met de implementatie hoewel van alle drie de uiterste implementatiedatum inmiddels is verstreken<sup>14</sup> – noopten tot een zodanige wijziging van het bestaande BGB dat de vraag legitiem was of niet de gelegenheid te baat moest worden genomen om – mede in het licht van de eerder gesignaleerde redenen – een algehele herziening van het verbintenissenrecht tot stand te brengen (de zogenaamde ‘Grosse Lösung’).

Deze ‘Grosse Lösung’ was de inzet van het in augustus 2000 door het Ministerie van Justitie gepresenteerde ‘Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes’. Dit ontwerp was grotendeels gebaseerd op het bekritiseerde rapport uit 1992, aangevuld met de implementatie van de genoemde Europese richtlijnen. De keuze voor de ‘Grosse Lösung’ werd mede ingegeven door de gedachte dat de Europese richtlijnen zozeer het belang van de consument bevorderen dat in de rest van het vermogensrecht daarvoor tegenwicht moet worden geboden (onder meer door een bekorting van de lange verjaringstermijnen). Een andere reden was dat de enkele implementatie van de richtlijn consumentenkoop zou leiden tot een vierde type kooprecht (naast dat van het Weens Koopverdrag, de handelskoop en de ‘gewone’ BGB-koop). Dat zou het kooprecht onoverzichtelijk maken. Ten slotte speelde – zoals gezegd – de voorbeeldfunctie voor Europa een rol.

Het ontwerp is flink onder vuur genomen, onder meer in twee boeken die het resultaat waren van er aan gewijde congressen.<sup>15</sup> In de in maart 2001 gepubliceerde *Konsolidierte Fassung* van het *Diskussionsentwurf* werd rekening gehouden met de kritiek van een speciale door het Ministerie ingestelde commissie van deskundigen die tot taak had de ontwerp-regels inzake de niet-nakoming van commentaar te voorzien.<sup>16</sup> Onder hen waren enkele grote namen van het Duitse burgerlijk recht: Canaris, Medicus, Schlechtriem en Westermann. Op initiatief van Holger Altmeppen en Jan Wilhelm (beiden uit Passau) werd tegen deze versie echter een ‘gemeinsame Erklärung’<sup>17</sup> uitgebracht. Maar liefst 258 van de 550 aangeschreven hoogleraren tekenden dit manifest en dat ondanks een oproep van Canaris om niet te tekenen. Hun voornaamste kritiek was dat de voorgestelde herziening meer grondig moest zijn. Door de tijdsdruk van de uiterste implementatiedatum van de Europese richtlijnen, was een in hun ogen halfslachtige tekst geproduceerd die tot rechtsonzekerheid zou leiden en waarvan de invoering tot hoge kosten zou leiden. Voor zover buiten de Europese richtlijnen om nieuwe regels werd gegeven, betreft dat zaken die volgens hen al waren opgelost in de rechtspraak. Zij bepleitten dan ook een ‘Kleine Lösung’, bestaande in de enkele implementatie van de richtlijnen en nadere studie naar een grotere herziening.

Desalniettemin werd in mei 2001 door Minister van Justitie Herta Däubler-Gmelin het parlementaire traject ingezet met het op de *Konsolidierte Fassung* gebaseerde (*Regierungs*)*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*.<sup>18</sup> Na een voorspoedige behandeling in de Bondsdag leidde dit uiteindelijk tot de *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* van 26 november 2001.<sup>19</sup> Deze wet is op 1 januari 2002 in werking getreden.

<sup>11</sup> Richtlijn 1999/44 betreffende de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, Pb. EG L 171/12.

<sup>12</sup> Richtlijn 2000/31 betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, Pb. EG L 178/0001.

<sup>13</sup> Richtlijn 2000/35 betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties, Pb. EG L 200/35.

<sup>14</sup> Zie voor de wetsvoorstellen resp. TK 27 809, TK 28 197 en TK 28 239.

<sup>15</sup> W. Ernst & R. Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen (Mohr) 2001 en R. Schulze & H. Schulte-Nölke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen (Mohr) 2001.

<sup>16</sup> De ‘Kommission Leistungsstörungenrecht’. De geconsolideerde versie is ook uitgebreid becommentarieerd in een speciale aflevering van JZ 2001, p. 473 v.

<sup>17</sup> *Gemeinsame Erklärung zum Vorhaben des Erlasses eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im Jahre 2001*. Zie <<http://www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrtstuehle/Altmeppen/1024x768/Schuldrechtsreform/Presse.htm>>. Onder de ondertekenaars waren Berends (Göttingen), Brox (Münster), Dauner-Lieb (Keulen), Fikentscher (München) en Hübner (Keulen). Zie ook J. Wilhelm, *Schuldrechtsreform 2001*, JZ 2001, p. 861 v.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 14/1640. Zie voor de parlementaire behandeling in de Bundesrat ook BT-Drucks. 14/6857 en 14/7052. Al deze parlementaire stukken zijn oproepbaar via de officiële site van de Bondsdag: <<http://dip.bundestag.de>> (voor het wetsvoorstel met MvT bijv. <<http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>>).

<sup>19</sup> BGBl. I 2001, p. 3138. Het Bundesgesetzblatt is oproepbaar via <<http://www.bundesanzeiger.de/bgbllf/findex01.htm>>.

Een schets van deze totstandkomingsgeschiedenis is ook van belang voor de interpretatie van de nieuwe wet. Nu al blijkt dat in de literatuur veelvuldig wordt teruggegrepen op vooral het *Regierungsentwurf* en de parlementaire behandeling. De hoeveelheid literatuur over de *Schuldrechtsreform* is overigens niet meer bij te houden. Er zijn het laatste jaar alleen al 18 boeken over verschenen.<sup>20</sup> De hoeveelheid artikelen loopt in de honderden. Ook is er een aantal websites over de herziening.<sup>21</sup>

Overigens is deze grote herziening van het verbintenissenrecht slechts een van de wijzigingen die het BGB de laatste jaren heeft ondergaan. In 2001 was het huurrecht (vooral dat ten aanzien van woningen) al aanzienlijk gewijzigd bij de *Mietrechtsreformgesetz*.<sup>22</sup> Op 1 augustus 2002 trad een belangrijke wijziging van het Duitse aansprakelijkheidsrecht in werking met de *Schadensersatzrechtsreform* (zie Par. 8).

### 3. Niet-nakoming: het hart van de herziening

#### 3.1 Inleiding

Het nieuwe Duitse *Leistungsstörungenrecht* (neergelegd in §§ 275 v. en 323 v. BGB) vormt het hart van de herziening.<sup>23</sup> Het oude recht inzake de niet-nakoming van verbintenissen was ingewikkeld en kon slechts met zeer grote moeite uit de wet worden gehaald; een aantal zaken was zelfs in het geheel niet geregeld, zoals de in de praktijk zeer belangrijke ‘Positive Vertragsverletzung’. Hier wordt achtereenvolgens ingegaan op het oude Duitse recht, de introductie van de *Pflichtverletzung* als centraal begrip en de rechtsgevolgen van niet-nakoming.

#### 3.2 Het oude Duitse recht

Er is al op gewezen dat het oude Duitse recht inzake de niet-nakoming werd gekenmerkt door ‘Zweispurigkeit’: het oude BGB kende een algemeen deel gewijd aan niet-nakoming en daarnaast een aantal bijzondere delen (bijvoorbeeld dat inzake niet-nakoming bij koop). Anders dan men op grond van de gelaagde structuur van het BGB zou vermoeden, bouwden het algemeen deel en de bijzondere delen echter in beginsel niet op elkaar voort, met bizarre consequenties. De belangrijkste daarvan was wel dat in het algemeen verbintenissenrecht (Hoofdstuk<sup>24</sup> 1-6 van Boek 2) de niet-nakoming werd onderscheiden in onmogelijkheid van nakoming (*Unmöglichkeit*) en vertraging in de nakoming (*Verzug*). De gebrekkige nakoming ontbrak dus in de wet. De koop was geregeld in hoofdstuk 7 met acties op grond van ‘Gewährleistung wegen Mängel der Sache’ (§§ 449 v. oud BGB). Dat impliceerde dat schadevergoeding wegens niet-nakoming (§ 463 oud BGB) volgens de wet alleen in geval van een door de verkoper gegeven garantie of het opzettelijk verzwijgen van een gebrek mogelijk

---

<sup>20</sup> Om mij tot een selectie daaruit te beperken: C.-W. Canaris, *Schuldrechtsreform 2002*, München (Beck) 2002; B. Dauner-Lieb e.a. (Hrsg.), *Schuldrecht: Anwaltkommentar*, Bonn (DeutscherAnwaltVerlag) 2001; B. Dauner-Lieb e.a. (Hrsg.), *Das Neue Schuldrecht*, Heidelberg (Müller) 2002; P. Huber & F. Faust, *Schuldrechtsmodernisierung*, München (Beck) 2002; I. Koller, H. Roth & R. Zimmermann, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München (Beck) 2002; H.-W. Micklitz (Hrsg.), *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, Baden-Baden (Nomos) 2001; H.P. Westermann (Hrsg.), *Das Schuldrecht 2002*, Stuttgart (Boorberg) 2002; en de reeds genoemde werken.

<sup>21</sup> Behalve de al aangehaalde site van de *Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler* (met veel ander materiaal) zijn de sites van Prof. Stephan Lorenz (Augsburg) <<http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/index.htm>> en van Prof. Barbara Dauner-Lieb (Keulen) <[http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/index\\_schuldrecht.htm](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/index_schuldrecht.htm)> nuttig. Zie ook <<http://www.Schuldrechtsmodernisierung.com>>; een Engelse vertaling van de wet is al te vinden op <<http://www.iuscomp.org/gla>>.

<sup>22</sup> Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts van 19 juni 2001, BGBl. I, p. 1142. Zie §§ 535 v. BGB. In datzelfde jaar werd ook de (niet in het BGB geïntegreerde) Duitse wet op het geregistreerd partnerschap (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) aangenomen: Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften van 16 februari 2001, BGBl. I, p. 266.

<sup>23</sup> Vrijwel alle aan de herziening gewijde boeken en artikelen besteden aandacht aan dit thema. Zie voor overzichten bijv. C.-W. Canaris, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, p. 499 v. en D. Zimmer, *Das neue Recht der Leistungsstörungen*, NJW 2002, p. 1 v.

<sup>24</sup> Bedacht zij dat een hoofdstuk (‘Abschnitt’) de grootste onderscheiding binnen de boeken van het BGB vormt (nader onderverdeeld in titels), waar dit in het Nederlands BW de titel is.

was.<sup>25</sup> Het ‘gewone’ geval van niet-nakoming die aan schuld van de debiteur is te wijten, ontbeerde een wettelijke regeling. Voor deze leemten heeft de Duitse rechter de categorie van de ‘Positive Vertragsverletzung’ ontwikkeld.

Het Duitse systeem van niet-nakoming was hiermee in rechtsvergelijkend opzicht een buitenbeentje. Dat in de wet slechts enkele gevallen van niet-nakoming waren geregeld (elk met hun eigen rechtsgevolgen), wordt wel aangeduid als een ‘not unitary concept of breach’.<sup>26</sup> er was niet één begrip niet-nakoming, maar het was nodig om steeds precies na te gaan binnen welke categorie een geval van niet-nakoming viel. Alleen dan kon worden vastgesteld welke rechtsgevolgen er aan waren verbonden.

Ten aanzien van de categorie van de onmogelijkheid van nakoming verschilden de rechtsgevolgen daarbij ook nog eens al naar gelang de onmogelijkheid al vóór het sluiten van de overeenkomst bestond of pas er ná intrad, de onmogelijkheid objectief (dus voor elke schuldenaar) of subjectief (alleen voor de schuldenaar in kwestie) was en de mate waarin de debiteur schuld had aan de onmogelijkheid. Deze drie variabelen hadden geleid tot een ingewikkeld geheel van regels. Kort gezegd kwamen deze er op neer dat bij een ten tijde van de contractssluiting bestaande objectieve onmogelijkheid van nakoming de overeenkomst nietig was (§ 306 oud BGB), gebaseerd op de regel *impossibilium nulla obligatio*. Kende de debiteur de onmogelijkheid, dan moest hij zijn wederpartij echter het negatief contractsbelang vergoeden (§ 307 oud BGB).<sup>27</sup> Bij subjectieve onmogelijkheid van nakoming die al bestond op het moment van totstandkoming van de overeenkomst (*anfängliche Unmöglichkeit*), was de overeenkomst gewoon geldig (§ 275 lid 2 oud BGB) en kon de debiteur aansprakelijk zijn voor het positief belang (§ 280 oud BGB). Bij een ná de sluiting van de overeenkomst ontstane onmogelijkheid van nakoming (objectief of subjectief), hing alles af van de mate van schuld van de debiteur: kon hij overmacht bewijzen, dan was hij bevrijd. Anders dan naar Nederlands recht (waar de mogelijkheid van nakoming in beginsel enkel een rol speelt bij de vraag naar het verzuim<sup>28</sup>), werden naar Duits recht de materiële rechtsgevolgen er dus mede door bepaald.

Ten aanzien van de vertraging in de nakoming (*Verzug*) gaf het BGB ook specifieke regels. Deze waren grotendeels vergelijkbaar met die van de Nederlandse artt. 6:82 en 6:83 BW. De crediteur diende de debiteur in verzuim te brengen via een schriftelijke aanmaning tenzij al eerder ‘volgens de kalender’ een termijn voor de nakoming was bepaald die ongebruikt was verstreken (§ 284 oud BGB) of de debiteur weigerde om na te komen.

Waren de regels binnen deze twee wettelijk geregelde categorieën van niet-nakoming al ingewikkeld genoeg (het bovenstaande is er slechts een samenvatting van), een bron van verdere systematische verwarring was de restcategorie van de al in 1902 door het *Reichsgericht* erkende ‘Positive Vertragsverletzung.’ Behalve de gebrekkige nakoming kon daar ook de niet-nakoming van een nevenplicht (zoals bij de huisschilder die een meubelstuk beschadigt tijdens zijn werkzaamheden) onder vallen. De rechtsgevolgen werden bepaald analoog aan de wel bij de wet geregelde gevallen.

### 3.3 Het nieuwe Duitse recht: erkenning van de *Pflichtverletzung* als centraal begrip

Bij de bovenstaande bespreking valt op dat het Nederlandse recht (maar hetzelfde geldt voor het Franse en Engelse recht en voor het Weens Koopverdrag) principieel anders is dan het oude BGB. Ten onzent vormt de tekortkoming van art. 6:74 BW het centrale begrip. De acties die de schuldeiser heeft, zijn onafhankelijk van het type niet-nakoming. Het is dit ‘unitary concept of breach’ dat bij de *Schuldrechtsreform* nu ook in Duitsland is geïntroduceerd. § 280 lid 1 BGB bepaalt thans:

‘Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.’

<sup>25</sup> Dit is te verklaren vanuit de invloed van het Romeinse recht op het BGB. Zie bijv. R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 5<sup>de</sup> dr., Leiden (Brill) 1990, no. 336 en J.E. Spruit, *Cunabula Iuris*, Deventer (Kluwer) 2001, no. 440.

<sup>26</sup> K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford (Clarendon) 1998, p. 488.

<sup>27</sup> Vanwege de onredelijke uitkomsten waartoe dit in de praktijk leidde, werd in de rechtspraak de ‘Garantiehafung’ ontwikkeld: de debiteur werd in een dergelijk geval geacht de nakoming van de (koop)overeenkomst te hebben gegarandeerd, zodat de onmogelijke nakoming niet langer tot nietigheid leidt, maar zelfs tot de plicht om het positief belang te vergoeden.

<sup>28</sup> Zie art. 6:74 lid 2 en 6:265 lid 2 BW.

Hiermee is in beginsel een einde gekomen aan de fragmentatie van gevallen van niet-nakoming. Het maakt vanaf heden in beginsel niet meer uit wat de oorzaak is van de niet-nakoming: § 280 dekt alle situaties: onmogelijkheid van en vertraging in de nakoming, gebrekkige nakoming, schending van nevenplichten, schadevergoeding bij culpa in contrahendo, etc. Daarmee is ook de 'Zweispurigkeit' verdwenen: aparte regels over niet-nakoming bij koop of aanneming van werk ontbreken vanaf heden in beginsel. In de §§ 437 en 634 BGB wordt voor die beide typen overeenkomsten voor de rechten van de koper en de aanbesteder dan ook verwezen naar de nieuwe algemene regels over niet-nakoming. Wel blijft de *Minderung* (wijziging van de prijs, bij koop neergelegd in § 441) gehandhaafd en blijven er aparte regels over verjaring bij koop (§ 438).<sup>29</sup>

Evenmin als de tekortkoming van art. 6:74 BW naar Nederlands recht, impliceert de *Pflichtverletzung* een verwijt aan de debiteur: het is een neutraal begrip. Wel *veronderstelt* de *Pflichtverletzung* een verwijt: het is – eveneens zoals naar Nederlands recht – aan de debiteur om te stellen en te bewijzen dat hem geen schuld treft.<sup>30</sup> Dit was overigens ook naar oud Duits recht al het geval. Om vast te stellen of de tekortkoming ook toerekenbaar ('vertretbar') is aan de debiteur, dienen de §§ 276-278 BGB. Daarin is het schuldbeginsel thans uniform neergelegd, waar vroeger elke aparte categorie van niet-nakoming formeel een eigen regel had over de vraag wanneer de tekortkoming toerekenbaar was (praktisch werd voor elke categorie overigens wel steeds één en hetzelfde schuldbeginsel toegepast). In § 276 staat nu systematisch bijeen wanneer toerekenbaarheid bestaat:<sup>31</sup> bij opzet en schuld tenzij de inhoud van de overeenkomst dat anders maakt. Een materiële wijziging van het oude recht is hiermee niet beoogd.<sup>32</sup> De naar Nederlands recht bestaande en door Losecaat Vermeer ontwikkelde 'schuldleer aangevuld met het risico-beginsel' lijkt zeer op de Duitse benadering, zij het dat art. 6:75 v. BW explicieter formuleren dat een tekortkoming ook voor risico van de debiteur kan komen en om welke redenen dit het geval kan zijn.

Betekent dit dat de *Pflichtverletzung* de plaats van onmogelijkheid en vertraging in de nakoming geheel heeft ingenomen? Aanvankelijk was dit wel de bedoeling: de Duitse wetgever heeft bij het vormgeven van § 280 in het *Diskussionsentwurf* direct teruggegrepen op het rapport van de *Schuldrechtskommission* uit 1992, dat zich op zijn beurt had gebaseerd op het Weens Koopverdrag. Het volledig afzien van enige verwijzing naar de oorzaak voor de niet-nakoming in deze teksten werd echter fors bekritiseerd. Via de achterdeur is de onmogelijkheid daarom heringevoerd, vooral door de bemoeienis van de 'Kommission Leistungsstörungenrecht'.<sup>33</sup> In het kader van de vraag naar de rechtsgevolgen van de niet-nakoming komen de vroegere categorieën daarmee toch weer terug (zie onder).

### 3.4 Rechtsgevolgen van niet-nakoming: de oude categorieën herbezocht

De rechtsgevolgen van de *Pflichtverletzung* vindt men in het nieuwe BGB vooral in de twee centrale §§ 281 en 323. Deze zijn respectievelijk gewijd aan schadevergoeding en aan ontbinding. Het was mogelijk geweest om daarin eenvoudigweg te bepalen dat in geval van niet-nakoming beide acties zonder meer open staan voor de schuldeiser, eventueel met een daaraan gekoppelde uniforme bepaling over het verzuim. Anders dan naar Nederlands recht (art. 6:74 en 6:265 BW), heeft de Duitse wetgever echter gekozen voor een ingewikkelder formule, waarbij de oude categorieën terugkeren.<sup>34</sup> Daarnaast bevat het BGB ook bepalingen over de actie tot nakoming van de overeenkomst. Ook in dat kader blijkt de wetgever niet geheel los te hebben kunnen komen van het oude recht. Hier komen nakoming, schadevergoeding en ontbinding achtereenvolgens aan de orde.

<sup>29</sup> Zie daarover onder, Par. 4 en 5.

<sup>30</sup> Vgl. G. Wagner, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, p. 475.

<sup>31</sup> Lid 1 van dat artikel luidt: 'Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. (...)'.  
<sup>32</sup> Ook al is Par. 279 oud BGB inzake soortzaken verdwenen: dat dan toerekenbaarheid van de tekortkoming bestaat (of bij wijze van uitzondering juist niet), moet nu worden afgeleid uit de inhoud van de overeenkomst. Vgl. Canaris, o.c., p. 518 (die de regel *genus non perit* als de belangrijkste risico-categorie beschouwt. Dat bevordert de rechtszekerheid niet, merkt Zimmer, o.c., p. 11 op.

<sup>33</sup> Zie ook Zimmer, o.c., p. 2.

<sup>34</sup> Vgl. Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb, o.c., § 2, Rn. 11, 17-18.



Wat de actie tot nakoming betreft: evenmin als naar Nederlands recht is deze als zodanig neergelegd in het wetboek. Zowel de Duitse als de Nederlandse wetgever acht het bestaan van deze vordering zo vanzelfsprekend dat daaraan geen aparte bepaling behoeft te worden gewijd. Elk rechtsstelsel dient echter regels te hebben over wanneer nakoming precies onmogelijk is en wat daarvan de rechtsgevolgen zijn. Zojuist werd het ingewikkelde oude Duitse systeem geschetst. Dat systeem is thans flink vereenvoudigd. Zo is § 306 oud BGB verdwenen: de op een onmogelijke prestatie gerichte overeenkomst is thans gewoon geldig.<sup>35</sup> Ook het tijdstip waarop de onmogelijkheid van nakoming ontstaat, is niet langer relevant. Wel is er naar de rechtsgevolgen<sup>36</sup> nog een onderscheid tussen de absolute ('echte') en de relatieve onmogelijkheid. Blijkens § 275 BGB is bij absolute onmogelijkheid (presteren is eenvoudigweg onmogelijk) de debiteur van rechtswege bevrijd,<sup>37</sup> bij relatieve onmogelijkheid moet de debiteur een beroep doen op de exceptie. Die relatieve onmogelijkheid ('Unvermögen') bestaat voor zover de nakoming 'einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht.'<sup>38</sup> Het in Nederland (én Duitsland) bekende voorbeeld is dat van de praktische onmogelijkheid om uit de Maas (of andere rivier) een ring op te vissen die daar vóór levering in is gevallen.

Bij de actie tot schadevergoeding ziet men de oude categorieën duidelijk terugkomen. Het algemene beginsel van § 280 lid 1 BGB dat elke toerekenbare niet-nakoming tot schadevergoeding verplicht, wordt namelijk onmiddellijk nader gepreciseerd door de leden 2 en 3. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen vergoeding van vertragingsschade en vervangende schadevergoeding. Men moet echter goed in ogenschouw nemen dat dit verbijzonderingen zijn van het algemene beginsel voor twee specifieke gevallen: in de gevallen die niet worden gedekt door lid 2 of 3, geldt gewoon lid 1 en zijn er dus geen andere eisen dan toerekenbare niet-nakoming en daardoor veroorzaakte schade. Dat is een mogelijke bron van nieuwe verwarring, want de afgrenzing tussen deze drie categorieën is niet steeds even helder (en wordt in de wet zelf niet gegeven). Onder lid 1 valt onder meer de schade *als gevolg van* de gebrekkige nakoming (zodat daar geen termijnstelling nodig is), maar de schade gelegen in 'Mangel der Sache' zelf valt onder § 280 lid 3 (waarmee wel termijnstelling vereist is).<sup>39</sup>

Schadevergoeding wegens vertraging in de nakoming kan enkel worden verkregen indien, behalve aan § 280 lid 1, is voldaan aan de eisen van § 286 BGB inzake het *Verzug*. Dat betekent dat de debiteur eerst een *Mahnung* (daarbij wordt de debiteur tot nakoming aangemaand; termijnstelling is niet nodig) moet worden gesteld. De aanmaning is niet nodig indien al een fatale termijn was bepaald, de debiteur bewust en definitief<sup>40</sup> weigert na te komen of speciale omstandigheden het van rechtswege intreden van verzuim rechtvaardigen (zoals indien uit het gedrag van de schuldenaar blijkt dat aanmaning nutteloos is).<sup>41</sup> Art. 6:83 BW zal grotendeels<sup>42</sup> tot identieke resultaten leiden.<sup>43</sup> Nieuw – en onbekend in Nederland – is dat § 286 lid 3 BGB de algemene regel geeft dat dertig dagen nadat de vordering tot betaling van een schuld<sup>44</sup> opeisbaar is geworden en de debiteur de rekening heeft ontvangen, er in elk geval verzuim is. Als een gevolg van de richtlijn bestrijding

<sup>35</sup> Dit wordt voor de *anfängliche Unmöglichkeit* en het *anfängliches Unvermögen* nog eens bevestigd door § 311a lid 1 BGB. Nieuw is de voor dit geval in lid 2 erkende aansprakelijkheid voor het positief contractsbelang.

<sup>36</sup> Zie daarover § 326 BGB.

<sup>37</sup> Zie lid 1: presteren is zowel voor de debiteur als voor iedereen onmogelijk. In de Duitse terminologie spreekt men van verval van de *Primärleistungspflicht*.

<sup>38</sup> § 275 lid 2 BGB. Daarbij speelt blijkens dit lid ook de toerekenbaarheid een rol. Zie ook lid 3. In geval van economische onmogelijkheid, kunnen hoogstens § 313 en 242 uitkomst bieden (vgl. Canaris, o.c., p. 501).

<sup>39</sup> Dit onderscheid tussen *Mangelschaden* en *Mangelfolgeschaden* (gevolgsschade) leverde naar oud recht veel problemen op; het onderscheid blijft dus van belang. Zie Begründung zu § 437, BT-Drucks. 14/6040, p. 224 v., W. Recker, Schadenersatz statt der Leistung, NJW 2002, p. 1247 v. en Wagner, o.c., p. 475 v.

<sup>40</sup> 'ernsthaft und endgültig'. Men spreekt van *Erfüllungsverweigerung*.

<sup>41</sup> § 286 lid 2 BGB.

<sup>42</sup> Vgl. echter art. 6:82 lid 2 BW.

<sup>43</sup> In het oude BGB bepaalde § 326 dat als de prestatie na een 'Ablehnungsandrohung' ook binnen de gestelde extra termijn uitbleef, de crediteur geen nakoming meer kon eisen. Het nieuwe recht kent die beperking niet. Op andere verschillen met het oude recht kan hier niet worden ingegaan.

<sup>44</sup> Althans van een 'Entgeltforderung' (het meest vergelijkbaar met een vordering uit een overeenkomst om baat).



betalingsachterstanden zal een soortgelijke regel ook in Nederland moeten worden ingevoerd voor handelstransacties.<sup>45</sup>

Vervangende schadevergoeding<sup>46</sup> vergt dat, behalve aan § 280 lid 1, is voldaan aan § 281, 282 of 283 BGB. Deze artikelen behandelen respectievelijk de vertraging in de nakoming en de gebrekkige nakoming, de schending van een nevenplicht en de onmogelijke nakoming. In geval van vertraging of gebrekkige nakoming (§ 281), is het beginsel dat de debiteur een laatste kans moet hebben om na te komen alvorens dit type schadevergoeding kan worden gevorderd. In plaats van een *Mahnung* is daartoe dan ook een ‘angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung’ vereist.<sup>47</sup> De debiteur heeft met dit laatste een recht op herstel van zijn foutieve prestatie (men spreekt wel van een ‘Recht zur zweiten Andienung’<sup>48</sup>). In zekere zin is dit een achteruitgang van de positie van de teleurgestelde koper: naar oud recht kon deze zijn rechten namelijk onmiddellijk, zonder termijnstelling, geldend maken. Dat gold niet alleen voor het recht op schadevergoeding (waarop dus slechts in de in § 463 oud BGB genoemde gevallen recht bestond), maar ook voor het recht op ontbinding en op prijsvermindering (voor deze *Minderung* moet namelijk voldaan zijn aan de eisen voor ontbinding<sup>49</sup> en dus aan § 323 BGB, dat in beginsel termijnstelling eist).<sup>50</sup> Hier blijkt van de wens van de Duitse wetgever om de positie van de verkoper tegenover die van de door Europese richtlijnen zozeer beschermde consument te verbeteren. De *Nachfrist* is blijkens § 281 lid 2 BGB niet nodig indien de schuldenaar bewust en definitief<sup>51</sup> niet-nakomt of zich speciale omstandigheden voordoet; wij zagen deze factoren reeds bij het *Verzug*.<sup>52</sup> Anders dan het geval is bij vertragingsschade, rechtvaardigt het bestaan van een fatale datum voor nakoming echter niet zonder meer de actie tot verkrijging van vervangende schadevergoeding: termijnstelling blijft voor die laatste actie vereist.<sup>53</sup> Dit past in het Duitse stelsel, waarin de debiteur zijn foutieve prestatie indien mogelijk mag herstellen. Het Nederlandse recht is op dit punt strenger voor de debiteur: het verstrijken van een termijn voor nakoming leidt tot verzuim van rechtswege (art. 6:83). Het enkele uitbrengen van een omzettingsverklaring is dan voldoende om vervangende schadevergoeding te vorderen (art. 6:87 BW).

Interessant is dat vervangende schadevergoeding in de plaats van de ‘ganze Leistung’ niet kan worden gevorderd indien de niet-nakoming ‘gering’ is (§ 281 lid 1, derde zin BGB).<sup>54</sup> Dat is naar Nederlands recht ook het geval: ten onzent vindt omzetting die door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd, niet plaats (art. 6:87 lid 2 BW).

De beide andere gevallen waarnaar § 280 lid 3 BGB verwijst, zijn de schending van een nevenplicht (§ 282) en de onmogelijke nakoming (§ 283). Wordt in die gevallen vervangende schadevergoeding gevorderd, dan geven beide artikelen enkele aanvullende regels. Duidelijk moet zijn dat in die gevallen termijnstelling geen zin heeft en dus ook niet wordt geëist. Ook dat komt ons bekend voor (art. 6:74 lid 2 BW). Het beeld wordt compleet indien men zich realiseert dat het BGB sinds 1 januari 2002 een apart artikel kent voor de vergoeding van kosten die de schuldeiser heeft gemaakt in vertrouwen op de nakoming door diens wederpartij (hij huurde bijvoorbeeld alvast een concertzaal in afwachting van het optreden van de gecontracteerde pianist). Die schade

<sup>45</sup> Zie art. 3 lid 1 van de richtlijn en TK 2001-2002, 28 239 (ontwerp art. 6:119a BW).

<sup>46</sup> Waarvoor de nieuwe wettelijke term ‘Schadenersatz statt der Leistung’ is bedacht. Naar oud recht heette dit schadevergoeding op grond van ‘nichterfüllung’; bedoeld is vergoeding van het positief contractsbelang.

<sup>47</sup> Voor de vraag wanneer van zo een *Nachfrist* sprake is, kan worden teruggegrepen op de rechtspraak over § 326 oud BGB. De termijnstelling zal doorgaans ook een *Mahnung* opleveren (vgl. Dauner-Lieb, *Anwaltkommentar*, § 323, Rn. 7).

<sup>48</sup> Bijv. Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb, o.c., § 2, Rn. 26. Dit is het spiegelbeeld van het recht van de koper op *Nacherfüllung* (§ 439).

<sup>49</sup> Dit volgt uit de zinsnede in § 441: ‘statt zurückzutreten’. Vgl. Huber, in: Huber & Faust, *Schuldrechtsmodernisierung*, o.c., Rn. 13/87.

<sup>50</sup> In beginsel, want indien al eerder een termijn voor de nakoming was bepaald die ongebruikt is verstreken, is termijnstelling niet nodig (§ 323 lid 2 sub 2). Zie ook onder.

<sup>51</sup> ‘ernsthaft und endgültig’.

<sup>52</sup> § 281 lid 2 is identiek aan § 286 lid 2 sub 3 en 4 BGB (inzake *Verzug*).

<sup>53</sup> Zo dadelijk zal blijken dat dit bij ontbinding (§ 323 lid 4 BGB) anders is.

<sup>54</sup> Het artikel spreekt van ‘unerheblich’. Zie verder Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb, o.c., § 2, Rn. 43.

is in de heersende Duitse visie niet *veroorzaakt* door de tekortkoming (naar Nederlands recht wordt dat bij de toepassing van art. 6:74 BW niet als een probleem ervaren); § 284 BGB maakt vergoeding toch mogelijk.<sup>55</sup>

De andere grote actie op grond van niet-nakoming is die tot ontbinding van de wederkerige overeenkomst. Het wekt enige verbazing dat in § 323 lid 1 BGB – anders dan in het *Kommissionsentwurf* – de term *Pflichtverletzung* niet wordt gehanteerd, maar met wat daar wordt omschreven als niet-nakoming is wel degelijk hetzelfde bedoeld:

‘Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäss, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.’

Anders dan naar oud recht kent elke categorie van niet-nakoming niet langer zijn eigen ontbindingsregels.<sup>56</sup> Toerekenbaarheid van de tekortkoming is voor ontbinding evenmin nog vereist.<sup>57</sup> Dit kan ook niet anders omdat de oude actie tot *Wandelung* bij koop (§ 462 oud BGB) – die met de afschaffing van de ‘Zweispurigkeit’ nu wordt geregeerd door § 323 – evenmin toerekenbaarheid eiste en de positie van de koper anders te zeer zou worden verslechterd. Ontbinding is echter uitgesloten indien de tekortkoming ‘gering’<sup>58</sup> is (lid 5). De regels inzake termijnstelling van § 323 zijn grotendeels identiek aan die van (de zojuist besproken) § 281 BGB: in beginsel is het ongebruikt verstrijken van een (nieuw) gestelde termijn nodig. De schuldeiser heeft echter – anders dan wij zojuist zagen bij de vordering tot schadevergoeding – een onmiddellijk recht op ontbinding indien al een termijn voor de nakoming was bepaald (*Fixgeschäft*).<sup>59</sup>

Nieuw ten opzichte van de oude wet is dat de schuldeiser de actie tot ontbinding kan combineren met die tot schadevergoeding (§ 325 BGB). Dat is in praktisch opzicht geen werkelijke verandering omdat de rechter dit in de belangrijkste gevallen toch al mogelijk had gemaakt.<sup>60</sup> Reden voor deze wijziging van het oude recht – dat ontbinding en schadevergoeding als alternatief zag: indien ontbinding werd gevorderd en verkregen, stonden slechts de ongedaanmakingsverbintenissen ter beschikking van de schuldeiser – was wederom dat in de visie van de Duitse wetgever het belang van de debiteur daarin te zeer werd bevoordeeld boven dat van de crediteur. Nu staat vast dat de schuldeiser die zelf al een zaak had geleverd, de zaak kan teruggeisen én schadevergoeding kan vorderen (wilde hij de zaak naar oud recht terug, dan moest hij ontbinden, maar was er dus geen schadevergoedingsactie meer). Het lijkt er op dat de Duitse wetgever met het nieuwe § 325 vooral de gevallen wil ‘vangen’ die bij ons als typische ontbindingsschade bekend staan (en dus worden gedekt door art. 6:277 BW). Overigens moet de schuldeiser bij ons een keuze maken tussen ontbinding en vervangende schadevergoeding<sup>61</sup> en op die keuze kan in beginsel niet worden teruggekomen. Hij kan ook door de debiteur tot een keuze worden gedwongen (art. 6:88 BW). Dat laatste is in de Bondsdag bediscussieerd, maar expliciet verworpen omdat dit te zeer het belang van de debiteur zou bevorderen. Ook hier lijkt het Nederlandse recht dus meer dan het Duitse de positie van de debiteur te bevoordelen.

Samenvattend is winst dat een nieuw begrip *Pflichtverletzung* is geïntroduceerd. Het Duitse recht inzake niet-nakoming is hiermee minder gefragmenteerd geworden. Dat het ook eenvoudiger is geworden, valt echter moeilijk vol te houden: dat is vastgehouden aan een onderscheid naar de *oorzaak* van de niet-nakoming en dat daar verschillende rechtsgevolgen aan verbonden blijven, is gezien het uitgangspunt van de herziening minder consequent.

<sup>55</sup> Dat heet ‘Ersatz vergeblicher Aufwendungen’. Overigens geeft buiten de al besproken grondslagen om § 311a lid 2 BGB nog een zelfstandige grondslag voor schadevergoeding bij *anfängliche Unmöglichkeit*.

<sup>56</sup> Zie voor (de weinig voorkomende) ontbinding bij niet-nakoming van een nevenplicht echter § 324 BGB.

<sup>57</sup> Volgens § 326 oud BGB was dit wel het geval.

<sup>58</sup> De tekst hanteert wederom de term ‘unerheblich’. Ook naar Nederlands recht geldt deze eis (zie art. 6:265 lid 1 BW).

<sup>59</sup> § 323 lid 2 sub 2. Dit geldt ook naar Nederlands recht (art. 6:265 lid 2 jo. 6:83 BW). Vóór opeisbaarheid van de vordering kan al worden ontbonden indien op voorhand duidelijk is dat aan de voorwaarden voor ontbinding is voldaan (§ 323 lid 4 BGB).

<sup>60</sup> Vgl. Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb, o.c., § 2, Rn. 29, Huber, in: Huber & Faust, Schuldrechtsmodernisierung, o.c., Rn. 5/49, Zimmer, o.c., p. 8 en Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Ernst & Zimmermann, o.c., p. 181.

<sup>61</sup> Vgl. PG Boek 6, Deventer (Kluwer) 1981, p. 302 (TM).

#### 4. Het nieuwe kooprecht

Een andere grote aanpassing van het BGB betreft het kooprecht. Redenen voor de herziening zijn enerzijds de verplichte implementatie van de richtlijn consumentenkoop,<sup>62</sup> anderzijds de gebrekkige regeling die al sinds 1900 bestond. Voornaamste punt van kritiek was – zoals al aangegeven – de principiële afscheiding van het algemeen deel over niet-nakoming van de niet-nakoming bij koop. Dat leidde er onder meer toe dat de schadevergoeding wegens gebrekkige niet-nakoming bij koop was beperkt tot gevallen van een door de verkoper gegeven garantie en van opzettelijk verzwijgen van het gebrek (§ 463 oud BGB) en dat de verjaringstermijn bij acties op grond van niet-nakoming slechts zes maanden was (§ 477 oud BGB).<sup>63</sup> Dit, gevoegd bij de overweging dat een enkele implementatie van de richtlijn zou leiden tot een vierde type kooprecht en dus tot nog verdergaande fragmentering, was reden om het gehele kooprecht grondig te herzien. De wettelijke structuur van het kooprecht is daarbij wel grotendeels gehandhaafd: in hoofdstuk 8 (vroeger 7) blijft Titel 1 gewijd aan de koop, met vier subtitels gewijd aan achtereenvolgens algemene bepalingen – waaronder nu ook de regels over niet-nakoming (§§ 433-453) –, aan bijzondere vormen van koop (§§ 454-473), aan consumentenkoop (§§ 474-479) en aan ruil (§ 480).

De belangrijkste wijziging van de kooptitel is gelegen in § 437. Dit artikel verwijst voor de acties van de koper in geval van non-conformiteit direct terug naar de algemene bepalingen over niet-nakoming. Dat de koper recht heeft op ontbinding (§§ 323 en 326 lid 5) en schadevergoeding (§§ 280, 281 en 283) volgt nu uit die meer algemene bepalingen (die voor de koop wel worden gepreciseerd in § 440). De specifieke acties bij koop zijn uiteraard wel in de kooptitel geregeld (ze worden opgesomd in § 437).

Ter implementatie van de richtlijn<sup>64</sup> is een groot aantal nieuwe bepalingen ingevoegd. Zo is er nu een algemene plicht voor de verkoper om een conforme zaak te leveren (§ 433 lid 1 tweede zin), wordt gepreciseerd wanneer sprake is van conformiteit (§ 434), heeft de koper principieel recht op herstel of vervanging van de gebrekkige prestatie (*Nacherfüllung*: § 437 jo. 439) en op prijsvermindering (§ 441) en zijn de verjaringstermijnen verlengd tot minimaal twee jaar (§ 438). Voor zover de wetgever de bepalingen van de richtlijn niet voor elke koopovereenkomst geldig wilde geven, zijn deze neergelegd in de subtitel over consumentenkoop. Daar vindt men onder meer de omkering van de bewijslast terzake van de non-conformiteit gedurende zes maanden na levering (§ 476)<sup>65</sup> en het omstreden regresrecht van de verkoper op zijn voorman (§ 478).<sup>66</sup>

Interessant is het om kennis te nemen van de wijze waarop de hiërarchie van acties (art. 3 richtlijn<sup>67</sup>) is geïmplementeerd. Strikt genomen bestond er naar Duits recht geen reden om een dergelijke hiërarchie op te nemen in het wetboek: naar oud recht (§§ 459 v. oud BGB) kon de koper – indien tenminste voldaan was aan de materiële eisen voor die acties – in geval van non-conformiteit naar vrije keuze schadevergoeding vorderen, de overeenkomst ontbinden (*Wandelung*) of de prijs verminderen. Eisen ten aanzien van termijnstelling etc. bestonden niet. Naar nieuw recht is dit in beginsel anders: hoewel de tekst van § 437 anders doet vermoeden,

<sup>62</sup> In hoeverre dat met de herziening ook gelukt is, bespreken B. Gsell, *Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung*, JZ 2001, p. 65 v. en S. Jorden & M. Lehmann, *Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung*, JZ 2001, p. 952 v. Zie verder voor overzichten van het nieuwe kooprecht H.P. Westermann, *Das neue Kaufrecht einschliesslich des Verbrauchsgüterkaufs*, JZ 2001, p. 530 v. en dez., *Das neue Kaufrecht*, NJW 2002, p. 241 v.

<sup>63</sup> Vgl. Büdenbender, in: Dauner-Lieb, o.c., § 8, Rn. 1.

<sup>64</sup> Zie over de inhoud van de richtlijn en haar betekenis voor het Nederlands recht J.M. Smits, *Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht*, NJB 2000, p. 1825 v. Zoals bekend worstelt de Nederlandse wetgever nog altijd met de implementatie. Zie TK en EK nr. 27 809; vgl. J.M. Smits, *De voorgenomen implementatie van de richtlijn consumentenkoop: een gebrekkig wetsvoorstel*, WPNR 6470 (2001), p. 1047 v.

<sup>65</sup> Zij het dat deze ingaat op het moment van de risico-overgang, waar dat volgens de richtlijn (art. 5 lid 3) het moment van aflevering is.

<sup>66</sup> Omstreden bij deze ‘beknelde detaillist’ (‘Regresfalle’) is vooral de uitsluiting van de exonatiemogelijkheid. Het Nederlandse wetsvoorstel (TK 2000-2001, 27 809, nieuw art. 7:25 lid 2 maakt afwijking van het regres ten nadele van de verkoper onmogelijk); § 478 lid 4/5 BGB eist dat de regresnemende verkoper een ‘gleichwertige Ausgleich’ wordt geboden. Zie daarover Westermann, o.c., p. 253.

<sup>67</sup> Art. 3 lid 3 stelt dat prijsvermindering en ontbinding kunnen worden gevorderd indien de koper geen aanspraak kan maken op herstelling of vervanging.

volgt uit de §§ 280, 281 en 323 dat vervangende schadevergoeding, ontbinding en prijsvermindering<sup>68</sup> alleen kunnen worden gevorderd indien de verkoper eerst een termijn is gegeven voor de nakoming en die termijn ongebruikt is verstreken.<sup>69</sup> De koper moet met andere woorden steeds eerst *Nacherfüllung* vorderen, zoals de verkoper spiegelbeeldig een recht heeft op nog eens nakomen. Op deze langs de weg van de *Nachfrist* gecreëerde hiërarchie bestaan wel uitzonderingen.<sup>70</sup>

De richtlijn noopte op zich genomen niet tot deze wijziging omdat waar het nationale recht gunstiger is voor de consument-koper (en ten aanzien van de termijnstelling was het Duitse recht gunstiger), dat kan blijven bestaan. Dat de Duitse wetgever de verbetering van de positie van de consument – met name gelegen in de langere verjaringstermijn en het vermoeden van non-conformiteit gedurende zes maanden – pareert met een *Nacherfüllung* verbaast – gezien de wens een evenwichtige regeling te bewerkstelligen – echter niet. De Nederlandse wetgever zal de hiërarchie niet expliciet implementeren, maar ook bij ons bestaat uiteraard een informele hiërarchie omdat de actie tot ontbinding in geval nakoming zonder meer mogelijk is voor de debiteur, pas kan worden ingesteld indien de debiteur in verzuim is (art. 6:265 lid 2 BW). Naar Nederlands recht is dat verzuim echter niet nodig bij tijdelijke onmogelijkheid van nakoming en kan het ook intreden omdat al een termijn voor de nakoming was bepaald: Duits recht eist in die gevallen wél het stellen van een (extra) termijn.<sup>71</sup>

Dat de Duitse wetgever het kooprecht heeft herzien, valt op zich toe te juichen. De op het Romeinse recht gebaseerde acties voor gebreken bij koop zijn door de invoering van de richtlijn consumentenkoop eindelijk verdwenen. Dat hiermee is ontkomen aan een verdere versplintering van het kooprecht – een van de doelstellingen der herziening – valt echter moeilijk vol te houden nu de consumentenkoop een eigen subtitel heeft gekregen en de richtlijn verplicht tot een eigen ‘Europese’ interpretatie van dat deel van het BGB. In zoverre is er slechts sprake van een schijneenheid.

## 5. Verjaring: verkorting van de algemene termijn en verlenging van de termijn bij koop

Het oude BGB kende acht verschillende verjaringstermijnen, variërend van zes weken tot dertig jaar. Voor de verschillen tussen deze termijnen bestond naar algemeen oordeel geen rationele rechtvaardiging. Bovendien eiste de richtlijn consumentenkoop de aanpassing van de verjaringstermijn bij koop. Beide redenen hebben geleid tot wijziging van het bestaande recht.<sup>72</sup> Wat gebleven is, is de plaats van het verjaringsrecht in het systeem van het BGB: in het eerste boek blijft het vijfde hoofdstuk gewijd aan het algemene verjaringsrecht, met specifieke bepalingen waar dat nodig is in de rest van het wetboek.

De belangrijkste wijziging is het terugbrengen van de algemene verjaringstermijn van dertig jaar naar drie jaar (§ 195 BGB). Daarmee samen hangt de wisseling van objectief naar subjectief aanknopingspunt voor het begin van de verjaring. Naar oud recht was het zo dat de verjaring aanknoopte bij de objectieve omstandigheid van het ontstaan van de vordering (§ 198 oud BGB). Thans begint de verjaring aan het einde van het jaar waarin de vordering is ontstaan én de schuldeiser met de feiten waarop de vordering rust en met de persoon van de schuldenaar bekend is geworden of had moeten zijn (§ 199 lid 1 BGB). Om te voorkomen dat de termijn daarmee al te lang kan worden, zijn in de leden 2-4 maximale termijnen opgenomen. Die termijn is in beginsel tien jaar vanaf het ontstaan van de vordering (§ 199 lid 4). Bij vorderingen tot schadevergoeding is de termijn echter maximaal tien jaar na dat ontstaan of dertig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis (§ 199

<sup>68</sup> Dat voor de prijsvermindering voldaan moet zijn aan de eisen voor ontbinding en dus aan termijnstelling: zie boven, par. 3.4.

<sup>69</sup> Vgl. Büdenbender, in: Dauner-Lieb, o.c., § 8, Rn. 23.

<sup>70</sup> Met name bij ontbinding (en dus ook bij prijsvermindering) indien al eerder een termijn voor de nakoming was bepaald. Zie daartoe de regels over de termijnstelling: boven, § 3.4, alsmede § 439 lid 3 en 440.

<sup>71</sup> Naar toekomstig Nederlands recht kan het nieuwe autonome recht op prijsvermindering in beginsel pas worden geldend gemaakt nadat de verkoper eerst een redelijke termijn voor herstel of vervanging is gegund (ontwerp art. 22 lid 2 en TK 2001-2002, 27 809, nr. 8, p. 3).

<sup>72</sup> Zie, behalve de reeds genoemde overzichtswerken over de *Schuldrechtsreform* in het algemeen, R. Zimmermann, Grundregeln eines Europäischen Verjährungsrechts und die deutsche Reformdebatte, ZeuP 2001, p. 217 v., dez., H.-P. Mansel & W. Ernst, Finis Litium? Zum verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, p. 684 v. en dez., Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, Cambridge (C.U.P.) 2002.

lid 3). Bij vorderingen tot vergoeding van schade wegens een inbreuk op leven, lijf, gezondheid of vrijheid is die termijn maximaal dertig jaar (§ 199 lid 2).

Deze algemene regels worden opzij gezet in geval van onder meer goederen-, familie- en erfrechtelijke vorderingen. De termijn is dan dertig jaar vanaf het ontstaan van de vordering (§ 197), tenzij het gaat om overdracht van onroerende zaken of vestiging, overdracht of tenietgaan van beperkte rechten daarop. Dan is de termijn tien jaar (§ 196). Bijzondere regels zijn ook te vinden voor de bijzondere overeenkomsten. Bij koop<sup>73</sup> verjaren vorderingen tot vervanging van de zaak en tot schadevergoeding blijkens § 438 BGB in beginsel twee jaar na de levering van de zaak. Dat is een belangrijke vernieuwing, want naar oud recht was deze termijn slechts zes maanden (§ 477 oud BGB). Heeft de verkoper het gebrek opzettelijk verzwegen, dan geldt de gewone termijn van § 195 jo. 199 BGB (en bedraagt dus drie jaar).<sup>74</sup> Het opnemen van een dergelijke ‘Arglistverjährung’ in ook het algemeen deel (zodat deze niet alleen bij koop zou gelden) is wel bediscussieerd, maar het is er uiteindelijk niet van gekomen. Op de acties tot ontbinding en prijsvermindering is § 218 van toepassing verklaard.<sup>75</sup> Dat betekent dat zij verjaard zijn indien de vordering tot nakoming of vervanging verjaard is en de schuldenaar zich daarop beroept.

Deze nieuwe verjaringsregels zijn gebaseerd op uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek. Vooral het werk van Zimmermann<sup>76</sup> heeft het regeringsontwerp flink beïnvloed. De regels die zijn neergelegd in de PECL zijn eveneens op het subjectieve systeem geënt.<sup>77</sup> De Nederlandse lezer komen bovenstaande regels dan ook niet als bijzonder verrassend voor. Ook bij ons is er een algemene ‘objectieve’ verjaringstermijn (zij het van twintig jaar en niet van drie jaar: art. 3:306 BW<sup>78</sup>), die voor bepaalde vorderingen nader wordt toegespitst aan de hand van een subjectief aanknopingspunt (art. 3:309-311: de termijn is dan vijf jaar vanaf bijv. het bekend worden met de vordering). Bij acties op grond van non-conformiteit bij koop bedraagt de termijn twee jaar nadat de koper heeft voldaan aan zijn klachtplicht op grond van art. 7:23 BW. Die termijn is dus de facto langer dan naar Duits recht.<sup>79</sup>

## 6. Integratie van aparte wetten

Een van de expliciete doelstellingen van de herziening was het reïntegreren van de privaatrechtelijke wetgeving die in de loop der tijd buiten het BGB terecht was gekomen. Het betreft hier vooral implementaties van Europese richtlijnen: anders dan in Nederland werd het recht van Europese oorsprong in Duitsland buiten het wetboek gehouden om enerzijds het BGB systematisch ‘zuiver’ te houden, anderzijds in staat te zijn de richtlijn vrij letterlijk over te nemen om aldus te voldoen aan de Europese eisen ten aanzien van de wijze van implementatie. De Nederlandse wetgever lijkt deze laatste les nog te moeten leren.<sup>80</sup> Voordeel van de Duitse benadering is dat gelijk de gelegenheid te baat kon worden genomen om het gemeenschappelijke aan de richtlijnen (zoals de definities van consument en wederpartij en de gevolgen van herroeping van de overeenkomst) neer te leggen in algemene artikelen die voorafgaan aan de bijzondere regels. Dat bevordert de overzichtelijkheid (die bij lezing van de implementaties in het Nederlands BW nogal eens ontbreekt).

Hoe is de versplintering teruggedrongen? In de eerste plaats zijn in het algemeen gedeelte van Boek 2 BGB twee nieuwe subtitels met bepalingen over ‘besondere Vertriebsformen’<sup>81</sup> en over ontbinding, herroeping

<sup>73</sup> Voor aanneming van werk gelden soortgelijke regels: zie §§ 634a v. BGB. Voor de consumentenkoop bestaan deels weer afwijkende regels (zie § 479 BGB). Bij koop wordt dus het objectieve systeem gehanteerd.

<sup>74</sup> Afwijkende regels gelden onder meer voor bouwwerken (met een verjaringstermijn van vijf jaar).

<sup>75</sup> Zie § 438 leden 4 en 5 BGB.

<sup>76</sup> Zie de literatuur genoemd in voetnoot 71 en reeds zijn preadvies met F. Peters uit 1981 in *Gutachten und Vorschläge*, o.c. dl. I, p. 77 v.

<sup>77</sup> Art. 17:102 jo. art. 17:105 PECL (zie *ZeUP* 2001, p. 400) hanteren een termijn van drie jaar die niet ingaat zolang de schuldeiser de vordering en de debiteur niet kent of kan kennen.

<sup>78</sup> Vgl. de verwerping van de lange Nederlandse termijn bij Peters & Zimmermann, o.c., p. 274 v. en Vranken, o.c., p. 773.

<sup>79</sup> Naar Nederlands recht (art. 7:23 lid 3 BW) geldt bij koop eveneens dat die termijn niet loopt bij opzet van de verkoper.

<sup>80</sup> Zie bijv. HvJ 10 mei 2001, C-144/99, *Jur. I*-3541 (Commissie/Nederland) en ook de moeizame implementatie van de richtlijn consumentenkoop.

<sup>81</sup> Untertitel 2 van Titel 1 van Boek 2 (§§ 312-312f).

en ongedaanmaking bij consumentenovereenkomsten<sup>82</sup> opgenomen. In de eerste van die subtitels zijn de *Haustürwiderrufsgesetz*<sup>83</sup> en de *Fernabsatzgesetz*<sup>84</sup> (met kleine wijzigingen) vervangen door resp. §§ 312-312a en §§ 312b-d BGB. In diezelfde subtitel over verkooptypen is de richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel direct geïmplementeerd (§ 312e). Interessant voor de Nederlandse lezer is de omkering van de bewijslast in § 312b: vermoed wordt dat een overeenkomst die uitsluitend via een techniek voor communicatie op afstand is gesloten, een afstandsovereenkomst is. Dat de consument moet aantonen dat die overeenkomst ook in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand is gesloten (zoals volgt uit art. 7:46a BW) wordt daarmee terecht vermeden.<sup>85</sup>

Opvallend is de wetgevingstechniek terzake van de informatieplichten van de professionele wederpartij jegens de consument bij de zojuist genoemde (en enkele andere) overeenkomsten. Zoals bekend gaan die ver: de Nederlandse wetgever put zich dan ook meestal uit in het overnemen van deze plichten in het BW.<sup>86</sup> In het BGB wordt het aan de Minister overgelaten om te bepalen welke informatieplichten precies bestaan. De bevoegdheid daartoe wordt gegeven in de invoeringswet bij het BGB.<sup>87</sup> Aldus voor afstandsovereenkomsten bijv. in § 312c jo. 240 EGBGB en voor elektronische overeenkomsten in § 312e jo. 241 EGBGB. De Minister heeft de daar geschapen bevoegdheid vervolgens benut in de *Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht*.<sup>88</sup> Hierin zijn opgenomen de (grotendeels) uit richtlijnen afkomstige verplichtingen van professionele partijen om informatie te geven aan de consument. In de indeling van de verordening zien we de diverse Europese richtlijnen terug: de vier afdelingen zijn gewijd aan resp. informatieplichten bij consumentenovereenkomsten (afstandsovereenkomsten en timeshare), elektronische handel, reisovereenkomsten en kredietovereenkomsten. Deze tendens naar uniformering is uit een oogpunt van overzichtelijkheid uiteraard toe te juichen. In Nederland zou zo een verordening dan ook niet misstaan.

Dat laatste geldt ook voor de nieuwe<sup>89</sup> Duitse subtitel die uniforme regels geeft voor ontbinding, herroeping en ongedaanmaking bij consumentenovereenkomsten. Aan dergelijke algemene regels is grote behoefte: zij plaatsen de door Europees recht gecreëerde rechten in een nationaal dogmatisch kader. Aldus ontstaat duidelijkheid over het begin van de ontbindings- of herroepingstermijn, de lengte ervan, de rechtsgevolgen van inroeping van het recht, etc. In Duitsland is er daarbij in § 355 voor gekozen om het *Widerrufsrecht* te construeren als een soort ontbindingsrecht (met aan ontbinding analoge rechtsgevolgen: § 357). Steeds waar zo een recht aan de consument is toegekend (zoals bij colportage- en afstandsovereenkomsten), kan worden teruggegrepen op deze bepaling.<sup>90</sup> Op de inhoud van de Titel kan hier omwille van de ruimte helaas niet nader worden ingegaan. Ik verwijs slechts naar § 358, dat een interessante bepaling bevat over ‘verbundene Verträge’. De richtlijnen consumentenkrediet (art. 11), afstandsovereenkomsten (art. 6) en timeshare (art. 7)<sup>91</sup> bepalen dat een financieringsovereenkomst die nauw samenhangt met de hoofdovereenkomst met die laatste kan worden ontbonden. In de afzonderlijke Duitse implementatiewetten waren deze regels steeds overgenomen, maar met de integratie van die wetten in het BGB zijn zij verdwenen en vervangen door dit ene artikel. Het bepaalt dat na herroeping van de hoofdovereenkomst de consument niet langer gebonden is aan de

<sup>82</sup> Untertitel 2 van Titel 5 van Boek 2 (§§ 355-359).

<sup>83</sup> Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften van 16 januari 1986, BGBl. I, p. 122 (implementatie van richtlijn 85/577 betreffende buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, Pb. EG L 372/31).

<sup>84</sup> Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro van 27 juni 2000, BGBl. I, p. 897 (implementatie van richtlijn 97/7 betreffende op afstand gesloten overeenkomsten, Pb. EG L 144/19).

<sup>85</sup> Zie daarover J.M. Smits, Wat is een overeenkomst op afstand in de zin van art. 7:46a BW?, WPNR 2002 (ter perse).

<sup>86</sup> Zie bijv. art. 7:46c (afstandsovereenkomst) en ontwerp (TK 2001-2002, 28 197) art. 3:15d-e BW (elektronische overeenkomst). Art. 7:501 (reisovereenkomst) en art. 7:48c (timeshare) verwijzen echter – weinig consequent – wel naar een AMvB. Was de wetgever dit vergeten bij het implementeren van de recente richtlijnen?

<sup>87</sup> Art. 238-245 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBG).

<sup>88</sup> Verordening van 14 november 1994, BGBl. I, p. 3436, zoals later gewijzigd.

<sup>89</sup> § 355 en 356 bestonden met ietwat gewijzigde inhoud reeds als resp. § 361a en 361b oud BGB.

<sup>90</sup> Over de aldus gekozen constructie van ‘schwebende Wirksamkeit’, zie Ring, in: Dauner-Lieb, o.c., § 12, Rn. 115.

<sup>91</sup> Zie naar Nederlands recht resp. art. 45 WCK, art. 7:46e lid 2 BW en art. 7:48e lid 2 BW.

daarmee verbonden kredietovereenkomst en andersom.<sup>92</sup> De rechtsgevolgen worden zoveel mogelijk afgewikkeld conform § 357 (dus aan de hand van de regels over ontbinding). Onnodig te zeggen dat een dergelijke regeling in ons BW – zeker in het licht van recente rechtspraak van de Hoge Raad<sup>93</sup> – niet zou misstaan.

Een tweede, zeer in het oog springende, wijziging is dat het *AGB-Gesetz*<sup>94</sup> is verdwenen en heeft plaats gemaakt voor een nieuw hoofdstuk<sup>95</sup> in het BGB over algemene voorwaarden. Inhoudelijk is de regeling grotendeels dezelfde gebleven.<sup>96</sup>

In de derde plaats is in Titel 1 van Boek 1 BGB een definitie opgenomen<sup>97</sup> van consument (*Verbraucher*<sup>98</sup>) en professionele wederpartij (*Unternehmer*<sup>99</sup>), waarop moet worden teruggegrepen waar deze termen in de rest van het wetboek worden gebruikt. Door hun plaatsing in Boek 1 hebben zij een toepassingsbereik voor het hele BGB. De definities zijn ontleend aan de Europese richtlijnen en nemen dus het *doel* van de rechtshandeling als uitgangspunt. Dit is wederom een stap richting meer uniformiteit. In Nederland bestaat daarentegen geen algemene definitie van consument en wederpartij: door het hele burgerlijk recht heen worden verschillende omschrijvingen gehanteerd.<sup>100</sup>

Enige aandacht moet hier nog worden besteed aan de wijze waarop twee andere Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd. Wat de richtlijn bestrijding betalingsachterstanden aangaat: implementatie hiervan was al grotendeels niet noodzakelijk meer door de *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen* van 30 maart 2000,<sup>101</sup> die al een hogere interest bepaalde voor handelstransacties. De oude en huidige § 288 bepaalt dat de rente bij vertraging in de nakoming vijf procentpunten boven de basisrentevoet ligt, maar dat dit in geval van een handelstransactie acht procentpunten is. Nieuw is met name dat de omschrijving van die basisrentevoet nu ook in het BGB is opgenomen (§ 247).<sup>102</sup>

Nauwe samenhang met de richtlijn elektronische handtekeningen<sup>103</sup> heeft de *Formvorschriftenanpassungsgesetz* uit 2001.<sup>104</sup> De wet voerde in het BGB drie nieuwe bepalingen in. § 126 lid 3 BGB bepaalt nu dat de schriftelijke vorm door de elektronische kan worden vervangen tenzij uit de wet iets anders volgt. Duidelijk moet zijn dat een vormeis ook naar Duits recht uitzonderlijk is,<sup>105</sup> maar indien deze bestaat kan deze dus worden vervangen door de elektronische vorm. In § 126a is vervolgens vastgelegd waaraan de elektronische vorm moet voldoen (deze moet namelijk een elektronische handtekening bevatten; aan welke eisen deze heeft te beantwoorden, is bepaald bij de aparte *Signaturgesetz*,<sup>106</sup> die strikt genomen diende ter implementatie van de

<sup>92</sup> In lid 3 is omschreven wanneer van verbondenheid sprake is, namelijk in geval beide overeenkomsten een ‘economische eenheid’ vormen. Daarbij wordt een voorbeeld gegeven van wanneer dat zo is.

<sup>93</sup> Zie HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (Jans/FCN).

<sup>94</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen van 9 december 1976, BGBl. I, p. 3317. In deze wet was richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen, Pb. EG L 095/29 voor zover nodig geïmplementeerd.

<sup>95</sup> Abschnitt 2 van Boek 2 (§§ 305-310). Het processuele deel van de AGBG is in de UKLaG (zie onder) opgenomen.

<sup>96</sup> Voor een overzicht van wijzigingen Hennrichs, in: Dauner-Lieb, o.c., § 6, Rn. 33 v. Zie kritisch over de invoeging in het BGB onder meer P. Ulmer, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, p. 491 v.

<sup>97</sup> Deze artikelen zijn overigens al ingevoerd bij de *Fernabsatzgesetz*.

<sup>98</sup> Art. 13: ‘Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann’.

<sup>99</sup> Art. 14 lid 1: ‘Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.’

<sup>100</sup> Zie art. 6:236 en art. 7:5 lid 1 BW en uit de implementaties bijv. art. 7:48a BW en art. 1-3 WCK. In art. 7:46a BW en in ontwerp art. 7:6a BW (TK 2000-2001, 27 809) wordt teruggevalen op art. 7:5.

<sup>101</sup> BGBl. I, p. 330. Zie ook J. Petershagen, Der neue Basiszinssatz des BGB, NJW 2002, p. 1455 v.

<sup>102</sup> Ook § 286 lid 2 en 3 BGB dienen ter implementatie van de richtlijn.

<sup>103</sup> Richtlijn 1999/93 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, Pb. EG 2000 L 013/12.

<sup>104</sup> Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BGBl. I, p. 1542 (in werking getreden op 1 augustus 2001).

<sup>105</sup> Voorbeelden zijn de oprichting van een stichting (§ 81), het sluiten van een overeenkomst van consumentenkrediet (§ 492), huur van woonruimte voor langer dan een jaar (§ 550) en beëindiging van een arbeidsovereenkomst (§ 623).

<sup>106</sup> Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, BGBl. I, p. 876 (in werking getreden op 22 mei 2001).



richtlijn zelf). Ten slotte voert § 126b een geheel nieuw vorm in het burgerlijk recht in: de zg. ‘Textform’.<sup>107</sup> Er zijn namelijk rechtshandelingen waar een (elektronische of ‘echte’) handtekening niet vereist is wegens de bewijsfunctie, maar wel nodig is dat de wederpartij wordt geïnformeerd. Het eisen van schriftelijkheid is dan niet nodig: dat de informatie beschikbaar is op een ‘duurzame drager’ (email en website vallen daar ook onder, een mondelinge verklaring uiteraard niet<sup>108</sup>) is dan genoeg. De tekst kan dan zichtbaar gemaakt worden door de ontvanger. In het nieuwe BGB is deze ‘tekstvorm’ onder meer voorgeschreven voor de informatieplichten bij de consumentenovereenkomst. Zo is het bij de afstandsovereenkomst voldoende om het bestaan van het herroepingsrecht in ‘tekstvorm’ mede te delen.<sup>109</sup>

Overigens zijn niet alle eerder bestaande wetten in het algemeen gedeelte van Boek 2 BGB geïntegreerd. In hoofdstuk 8 inzake bijzondere verbintenissen zijn de timeshare-overeenkomst<sup>110</sup> en het consumentenkrediet<sup>111</sup> nieuw opgenomen. De reisovereenkomst had al sinds 1979 een eigen regeling in het BGB,<sup>112</sup> die later is aangepast aan de richtlijn pakketreizen<sup>113</sup> en in 2001 en bij de grote herziening nog eens is herzien (§§ 651a v.).<sup>114</sup> Men hoede zich eveneens voor de conclusie dat thans alle privaatrechtelijke wetgeving is ondergebracht in het BGB. Behalve enkele wetten over familierecht en de *Wohnungseigentumsgesetz*<sup>115</sup> zijn de *Produkthaftungsgesetz*<sup>116</sup> (die de richtlijn produkt aansprakelijkheid<sup>117</sup> implementeert) en de *Unterlassungsklagengesetz*<sup>118</sup> (die de richtlijn collectieve acties<sup>119</sup> implementeert) apart gebleven. Ook het procesrechtelijk deel van de voormalige *AGB-Gesetz* is in deze laatste opgenomen.

Al met al zijn vijf belangrijke wetten – vooral op het terrein van de consumentenbescherming – nu deel geworden van het BGB. Of het wetboek daarmee inderdaad ‘uniformer’ is geworden, kan natuurlijk worden betwijfeld. Consumentenovereenkomsten wijken inmiddels zodanig af van ‘gewone’ contracten dat de vraag gerechtvaardigd is of de algemene leerstukken van het privaatrecht wel met deze moeten worden belast. Hoe groter hun toepassingsbereik, hoe lager immers hun informatieve waarde. Vanuit een oogpunt van consumentenbescherming impliceert dit het risico dat het bestaande consumentenrecht in rechtspraak en literatuur zal verwateren.<sup>120</sup> Zou het, met andere woorden, niet beter zijn om een apart ‘consumentenwetboek’ te maken met eigen regels voor totstandkoming, interpretatie en remedies?<sup>121</sup>

## 7. Een wettelijke grondslag voor enkele rechtsfiguren

<sup>107</sup> Het artikel luidt: ‘Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Widergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden’.

<sup>108</sup> Regierungsbegründung BT-Drucks. 14/4987, p. 20.

<sup>109</sup> Zie § 312c lid 2 jo. art. 240 EGBGB jo. § 1 Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht. Zie voor andere voorbeelden §§ 355, 477 en 502 BGB.

<sup>110</sup> §§ 481 v. BGB, vroeger geregeld bij de *Teilzeit-Wohnrechtsgesetz* (Gesetz über die Veräusserung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden van 20 december 1996, BGBl. I, p. 2154), de implementatie van richtlijn 94/47 betreffende overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, Pb. EG L 280/83.

<sup>111</sup> §§ 491 v. BGB, vroeger geregeld bij de *Verbraucher kreditgesetz* van 17 december 1990, BGBl. I, p. 2840, de implementatie van richtlijn 87/102 inzake het consumentenkrediet, Pb. EG L 42/48. De bepalingen staan in een nieuwe titel over geldlening (*Darlehen*) die de oude bepalingen (§§ 607 v. oud BGB) vervangen. De bruikleen van zaken is nu in een nieuwe Titel 7, gewijd aan *Sachdarlehensvertrag* (§§ 607 v. BGB), geregeld.

<sup>112</sup> *Reisevertragsgesetz* van 4 mei 1979, BGBl. I, p. 509.

<sup>113</sup> Richtlijn 90/314 betreffende pakketreizen, Pb. EG L 158/59.

<sup>114</sup> Zie voor de details en de vindplaatsen van deze wijzigingen bijv. Niehuus, in: Dauner-Lieb, o.c., § 11, Rn. 1 v.

<sup>115</sup> Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht van 15 maart 1951, BGBl. I, p. 175.

<sup>116</sup> Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte van 15 december 1989, BGBl. I, p. 2198.

<sup>117</sup> Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Pb. EG L 210/29.

<sup>118</sup> Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen van 26 november 2001, BGBl. I, p. 3138. Ook het procesrechtelijk deel van de voormalige AGBG is in de UKlaG opgenomen.

<sup>119</sup> Richtlijn 1998/27 van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, Pb. EG L 166/51.

<sup>120</sup> Vgl. ook F. Graf v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, p. 13.

<sup>121</sup> Deze discussie is ook in Duitsland gevoerd; vgl. Ulmer, o.c., p. 491 v. Voor mijn standpunt, zie bijv. J.M. Smits, Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht, R & R 1998, p. 10 v.

Volgens Canaris was een van de uitgangspunten van de herziening dat rechtzoekenden, en dan met name ‘buitenlanders en studenten,’ voor elk civielrechtelijk leerstuk een grondslag in de wet moesten kunnen vinden.<sup>122</sup> Dit, gevoegd bij de algemene gedachte dat het recht meer transparant moest worden,<sup>123</sup> maakt dat de wetgever een aantal in de rechtspraak ontwikkelde figuren van een wettelijke grondslag heeft voorzien. Uitgewerkte leerstukken treft men echter niet aan: de wetgever heeft volstaan met het opnemen van enkele bepalingen die inderdaad niet veel meer dan een wettelijk aanknopingspunt bieden.

De eerste betreft de zogenaamde *Schutzpflichten*: sinds de invoering van het BGB in 1900 is in de rechtspraak een uitgebreid stelsel van plichten tot ontwikkeling gebracht die naar Nederlands recht kunnen worden vergeleken met de plichten die voortvloeien uit art. 6:248 BW. De gemeenschappelijke grondslag van al deze plichten is dat rekening moet worden gehouden met de belangen van de ander, ook als er nog geen overeenkomst is gesloten of onrechtmatig is gehandeld. Het belangrijkste voorbeeld betreft de mededelingsplichten. Deze plichten hebben thans een wettelijke grondslag gekregen doordat aan § 241 een nieuw lid 2 is toegevoegd dat – nogal voorzichtig – bepaalt: ‘Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten’. Opvallend is dat de Duitse (en Nederlandse) rechtspraak eigenlijk veel verder gaan dan dit omdat het bij een verbintenis niet alleen zo ‘kan’ zijn dat met het belang van de wederpartij rekening moet worden gehouden, maar dit eigenlijk *steeds* zo dient te zijn.

Een ander thans gecodificeerd leerstuk betreft de beroemde culpa in contrahendo (maar zonder dat die term in de wet wordt gebruikt). § 311 lid 2 BGB<sup>124</sup> bepaalt nu dat een verbintenis zoals bedoeld in § 241 lid 2 (een *Schutzpflicht* dus) ook ontstaat door (onder meer) onderhandelingen over een te sluiten contract. Vastgelegd is daarmee de bron van de verbintenis; de inhoud wordt bepaald door § 241 lid 2. Dat ook bij niet-nakoming van die verbintenis schadevergoeding verschuldigd is, volgt uit § 280 BGB.

In diezelfde § 311 (maar in lid 3) is ook de zogenaamde *Dritthaftung* gecodificeerd. Het Duitse recht kent – net zoals het Nederlandse<sup>125</sup> – een aantal leerstukken waarbij derden rechten kunnen ontlenen aan een rechtsverhouding waar zij zelf geen partij bij zijn. Berucht is het *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* – de Nederlandse lezer herinnert zich het *Gemüseblattfall*<sup>126</sup> – maar er is ook de zogenaamde *Haftung von Sachverständigen gegenüber Dritten* (aansprakelijkheid jegens derden die vertrouwen op een gegeven advies of inlichting). Reeds zeer bekritiseerd<sup>127</sup> is de inderdaad wel heel vage formulering van § 311 lid 3 waarin deze rechtsfiguren samen worden genomen.<sup>128</sup> Juist hier had de wetgever de kans gehad om de bestaande onduidelijkheid op te heffen en de weg te wijzen voor de praktijk. Dat dit niet is gebeurd, is ongetwijfeld te wijten aan de geringe tijd waarbinnen de herziening tot stand is gebracht.

Ten slotte heeft de wetgever in een nieuwe subtitel, gewijd aan wijziging en beëindiging van overeenkomsten, twee regelcomplexen uit de rechtspraak opgenomen. De eerste betreft de in Nederland niet

---

<sup>122</sup> Canaris, o.c., p. 499 v.

<sup>123</sup> Vgl. Begründung zu § 311, BT-Drucks. 14/6040, p. 162: codificatie is nodig opdat het BGB ‘über den wirklichen Bestand des deutschen Allgemeinen Schuldrecht Auskunft geben kann’.

<sup>124</sup> § 311 lid 2: ‘Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch: 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen; 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder; 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.’ Kritisch over deze bepaling (met een vaag omschreven geval sub 3) Lieb, in: Dauner-Lieb, o.c., § 3, Rn. 37.

<sup>125</sup> En dan wordt niet het ‘gewone’ derdenbeding bedoeld. Zie over de hier bedoelde figuren recent J.B.M. Vranken, Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie, WPNR 6472 (2002), p. 39 v., alwaar verdere literatuur.

<sup>126</sup> BGHZ 70, 337.

<sup>127</sup> Vgl. Lieb, in: Dauner-Lieb, o.c., Rn. 42.

<sup>128</sup> § 311 lid 3: ‘Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Masse Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.’

onbekende *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, nog het meest vergelijkbaar met ons art. 6:258 BW.<sup>129</sup> De rechter heeft naar Duits recht de mogelijkheid om onder uitzonderlijke omstandigheden de contractsinhoud aan te passen of partijen zelfs niet gebonden te achten aan de overeenkomst. § 313 BGB bevestigt dat dit zowel mogelijk is indien een fundamentele wijziging is opgetreden in de aan de overeenkomst ten grondslag liggende omstandigheden (ontvallen van de *objektive Geschäftsgrundlage*: lid 1), als indien partijen zich hebben vergist in ‘wesentliche Vorstellungen’ (*subjektive Geschäftsgrundlage*: lid 2).<sup>130</sup> De tweede mogelijkheid om aan de bindende kracht van de overeenkomst te ontsnappen, wordt geboden door § 314,<sup>131</sup> dat een wettelijke basis verschaft aan de opzegging van duurovereenkomsten. De kern van de regeling is dat een partij een duurovereenkomst om een gewichtige reden kan opzeggen, ook als daarin niet is voorzien bij de overeenkomst of in de wet. Het belang van een dergelijke algemene regel is overigens niet zo groot: enerzijds was dit al erkend in de rechtspraak, anderzijds bestaan diverse specifieke wettelijke regels over opzegging van onder meer geldlening (§ 490), huur (bijv. § 543), pacht (§ 594e), dienstverlening (§ 626) en maatschap (§ 723).

## 8. De Schadensersatzrechtsreform: ook herziening van het aansprakelijkheidsrecht

Een in vergelijking met de grote *Schuldrechtsreform* veel geringere wijziging van het BGB, wordt beoogd door de *Schadensersatzrechtsreformgesetz*.<sup>132</sup> Toch is deze wet belangrijk genoeg om er hier melding van te maken: zij geeft nieuwe regelingen op het terrein van schadeberekening, smartengeld, verkeersaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de gerechtelijk deskundige. Ook deze wet is in recordtempo tot stand gekomen: het wetsvoorstel werd in september 2001 ingediend en is in april 2002 aangenomen. De wet trad in werking op 1 augustus 2002.

De motieven voor de aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht liggen in het besef dat enkele waardenafwegingen (met name die ten aanzien van kinderen in het wegverkeer en ten aanzien van smartengeld) thans anders dienen te worden gemaakt dan honderd jaar geleden. Daarnaast wilde de wetgever het Duitse recht meer in overeenstemming brengen met andere Europese stelsels.<sup>133</sup> Dit zijn dus enigszins andere motieven dan een rol speelden bij de grote herziening: anders dan daar, wordt hier een wezenlijke *verandering* van het geldende recht voorzien, met name omdat de rechter die verandering niet heeft kunnen bewerkstelligen. Anders dan bij de eerdere herziening, zijn hier ook geen *Gutachten* uitgebracht en is er geen Europeesrechtelijke noodzaak voor verandering. Vier belangrijke wijzigingen zijn het gevolg van de wet.<sup>134</sup>

In de eerste plaats is in § 249 BGB een regel toegevoegd over de vergoeding van zaakschade. Net zoals naar Nederlands recht is dat een abstracte schadevergoeding: het maakt niet uit of de gelaedeerde de schade daadwerkelijk laat herstellen. Dat betekende tot voor kort dat ook de omzetbelasting die wordt geheven over de

<sup>129</sup> Zie de bijdrage van P. Abas in deze aflevering.

<sup>130</sup> § 313 lid 1 en 2: ‘1. Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.; 2. Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.’

<sup>131</sup> § 314 lid 1: ‘Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann’.

<sup>132</sup> Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften van 19 juli 2002, BGBl. I, p. 2674 (vgl. BT-Drucks. 14/8780). Dat dit de ‘tweede’ herzieningswet is, laat zich daardoor verklaren dat in 1977 een eerste wetsvoorstel werd gepresenteerd. Zie over de herziening G. Wagner, Der Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, p. 2049 v. en Huber, in: Dauner-Lieb, o.c., § 16 (Rn. 10 voor verdere literatuur). De parlementaire stukken zijn alle beschikbaar via <<http://dip.bundestag.de>> (trefwoord *Schadenersatzrecht*).

<sup>133</sup> Vgl. Huber, in: Dauner-Lieb, o.c., § 16, Rn. 2 v.

<sup>134</sup> Daarnaast is er onder meer een aanpassing van de *Arzneimittelgesetz*.

reparatie voor vergoeding in aanmerking kwam, zelfs indien de reparatie niet uitgevoerd werd. Een nieuwe zin bij Par. 249 steekt daar vanaf heden een stokje voor.<sup>135</sup>

In de tweede plaats wordt de mogelijkheid om smartengeld te verkrijgen fundamenteel uitgebreid. Naar oud recht kon smartengeld in beginsel alleen worden gevorderd op grond van § 847 BGB, dus bij een aan schuld van de laedens te wijten inbreuk op lichaam, gezondheid of vrijheid.<sup>136</sup> Dat artikel verdwijnt en een nieuw in te voeren tweede lid van § 253 neemt zijn plaats in. Dat heeft systematisch grote consequenties: omdat de grondslag niet langer ligt in een aansprakelijkheidsgrond, maar in het algemene schadevergoedingsrecht komt smartengeld in beginsel beschikbaar in alle gevallen waarin is voldaan aan de eisen van § 253 lid 2. Dat lid luidt:

‘Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadenersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.’

Dit impliceert dat ook bij *Gehährdungshaftung* (kwalitatieve aansprakelijkheid als die van de bestuurder of houder van een motorvoertuig of van de houder van een dier) en bij wanprestatie (maar dat is uitzonderlijk<sup>137</sup>) smartengeld kan worden gevorderd. Naar Nederlands recht (art. 6:95 jo. 6:106 BW) maakt de precieze grondslag van de schadevergoedingsplicht evenmin uit. Het schijnt mij wel toe dat art. 6:106 BW ruimer is: het daar genoemde geval sub b komt min of meer overeen met § 253 lid 2 BGB, zodat bij ons nog twee andere grondslagen voor smartengeld resteren (namelijk het oogmerk om immateriële schade toe te brengen en aantasting van de nagedachtenis van een overledene).

Vervolgens is er een wijziging van de aansprakelijkheid van kinderen die aan het wegverkeer deelnemen. Naar huidige Duits recht zijn kinderen onder de zeven niet aansprakelijk voor schade uit onrechtmatige daad. Voor kinderen vanaf zeven en tot achttien jaar oud is bepalend in hoeverre zij het ‘zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht’ hadden bij het veroorzaken van de schade (§ 828 BGB). Indien een derde voor de schade niet aansprakelijk is (bijvoorbeeld omdat deze aan zijn zorgplicht heeft voldaan: zie § 832), kan de minderjarige echter op billijkheidsgronden toch verplicht zijn om de schade te vergoeden (§ 829). Aan deze regeling is thans een nieuwe regel toegevoegd voor kinderen van zeven, acht of negen jaar oud die schade toebrengen bij een ongeval waarbij een motorvoertuig, het spoor of een kabelbaan is betrokken. Zij zijn sinds 1 augustus 2002 niet langer aansprakelijk, tenzij zij de schade opzettelijk toebrengen.<sup>138</sup> Dat heeft praktisch vooral consequenties voor het eigen schuld-verweer van de automobilist die een kind heeft aangereden: anders dan in Nederland kon een beroep op eigen schuld van het kind er toe leiden dat de automobilist alsnog ontkwam aan de (volledige) schadevergoedingsplicht. Achtergrond van de herziening is om met name dat in de toekomst te voorkomen.<sup>139</sup> Ongevallen met de fiets vallen niet onder de regel.<sup>140</sup>

Ten slotte is op 1 augustus 2002 ook een aansprakelijkheid van gerechtelijk deskundigen voor onjuiste inlichtingen geïntroduceerd. Indien een door de rechter aangewezen deskundige opzettelijk of grof nalatig onjuiste inlichtingen verstrekt, dan moet hij de, door de daarop gebaseerde gerechtelijke uitspraak veroorzaakte,

<sup>135</sup> De nieuwe zin luidt: ‘Bei der Beschädigung einer Sache schliesst der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist’. De strekking van de regel is nog iets algemener dan hier geschetst: zie vooral Wagner, o.c., p. 2057 v.

<sup>136</sup> Daarnaast zijn er losse bepalingen zoals § 847 lid 2 (thans verdwenen), § 832 v. en § 611a lid 2 en § 651f lid 2 bij niet-nakoming.

<sup>137</sup> Omdat § 253 lid 2 de absolute rechten beschermt en die dus door de niet-nakoming moeten zijn geschonden. Over de betekenis van § 253 lid 2 in het contractenrecht: Wagner, o.c., p. 2055 v.

<sup>138</sup> De nieuwe § 828 lid 2 luidt: ‘Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat’.

<sup>139</sup> Vgl. Wagner, o.c., p. 2060.

<sup>140</sup> Er is ook een wijziging van § 7 (inzake overmacht) en van § 17 *Strassenverkehrsgesetz* (inzake regres), waarop hier niet kan worden ingegaan. Zie bijv. Wagner, o.c., p. 2060 v.

schade aan partijen vergoeden (§ 839a BGB<sup>141</sup>). Hiermee is aan het in Duitsland bestaande gesloten stelsel van aansprakelijkheidsgronden een nieuwe grondslag toegevoegd.

## 9. Ten slotte

Valt er een eindoordeel te vellen over het hier gegeven overzicht van wijzigingen in het BGB? Bij dat oordeel speelt een belangrijke rol of de doelstellingen die de Duitse wetgever met de herziening had, zijn gehaald. Ten aanzien van de zo bekritiseerde versplintering van het recht inzake niet-nakoming, koop en verjaring geldt dat de regelingen terzake zeker meer uniform zijn geworden, maar niet in die mate dat het recht nu ook eenvoudiger is. De veralgemenisering van de acties van de schuldeiser door de invoering van de *Pflichtverletzung* heeft alleen maar geleid tot meer abstractie. Dat er voor enkele in de rechtspraak ontwikkelde rechtsfiguren nu een basis in het wetboek is gekomen, is handig voor de wetenschapper, maar de praktijk schiet er weinig mee op. Hier hebben de critici gelijk dat een kans is gemist om onzekerheid op te lossen (met name bij de aansprakelijkheid jegens derden). De transparantie van het recht is dus niet werkelijk toegenomen.<sup>142</sup> Waar wel echte winst is geboekt, is bij de nieuwe subtitel over ontbinding, herroeping en ongedaanmaking bij consumentenovereenkomsten. Maar de daar gegeven regels getuigen ook van de noodzaak consumentenovereenkomsten wezenlijk anders te behandelen dan ‘gewone’ contracten. Dat is gezien de eisen die het Europese recht aan implementatie en interpretatie stelt ook onvermijdelijk, wat weer de vraag oproept of de verfoeide versplintering niet enkel in naam is opgeheven. Praktisch blijft er immers een noodzaak om de geïmplementeerde richtlijnen anders te behandelen dan het puur nationale recht.

Overigens is het moeilijk om zich aan de indruk te onttrekken dat een deel van de weerstand tegen de herziening voortkomt uit angst voor verandering. Elke Duitse jurist heeft tijdens zijn studie fors moeten investeren in het leren van de ingewikkelde regels inzake niet-nakoming. Die investering blijkt nu weinig waard te zijn geweest.<sup>143</sup> Dat sentiment staat in de weg aan een waardering van het weliswaar abstracter, maar ook systematischer, nieuw verbintenissenrecht. De enkele implementatie van de Europese richtlijnen (de ‘Kleine Lösung’) zou overigens ook hebben moeten leiden tot een aanzienlijke aanpassing van het kooprecht. In dat opzicht acht ik het verstandig dat de Duitse wetgever de richtlijnen – die soms wel zeer op de hand van de consument zijn – compenseert met nieuwe regels die de verhouding schuldeiser-schuldenaar meer evenwichtig maken.

Ten slotte de vraag of het nieuwe Duitse verbintenissenrecht inderdaad een voorbeeld is voor Europa (zoals de wetgever beoogde). Er zijn zeker specifieke onderdelen van de herziening die andere landen zouden kunnen inspireren. Ik denk aan de algemene regels voor consumentenovereenkomsten die zijn gedestilleerd uit de Europese richtlijnen en de *Dritthaftung*. Maar in het algemeen lijkt de herziening me te zeer gericht op het herstellen van gebreken in het oude BGB om het wetboek *als geheel* tot een goede aanbieder op de markt van het Europees privaatrecht te maken. Zijn hoge abstractiegraad en soms geringe transparantie wreken zich hier.

---

<sup>141</sup> Lid 1 luidt: ‘Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht’.

<sup>142</sup> Handig is wel dat de wetgever alle BGB-artikelen van een officiële kopje heeft voorzien. Men vindt deze kopjes al wel in oudere uitgaven van het BGB, maar altijd tussen vierkante haakjes omdat deze kopjes (evenmin als in Nederland) niet formeel door de wetgever tot deel van het wetboek waren gemaakt.

<sup>143</sup> Zie bijv. Zimmer, o.c., p. 1: ‘Juristen aller Generationen haben das Recht der Leistungsstörungen von neuem zu erlernen’.